

verpfändete Sache halten wollen, ihre Befriedigung aus eines dritten Vermögen, verlangen würden.

Läßt sich diesem Allen nach, ein solches Separationsrecht, nach welchem diejenigen Pfandgläubiger, welche ein Pfand verfolgen, das sie schon hatten, ehe die Sache an den Gemeinschuldner kam, ein Absonderungsrecht von den Pfandgläubigern des Gemeinschuldners, und eine vorzügliche Befriedigung aus dem Pfande sollen verlangen können, nach römischem oder dem gemeinen Rechte, nicht annehmen, so ergiebt es sich von selbst, daß erstere nur dann den Vorrang vor den letztern fordern können, wenn sie ein älteres oder sonst bevorzugteres Pfandrecht, z. B. öffentliche ältere Hypotheken, — als die letztern haben, und sie also, wenn dieses nicht der Fall seyn sollte, den bevorzugten oder mehr privilegiirten Pfandgläubigern des Gemeinschuldners allerdings nachstehen müssen.

XX.

Läßt sich die Einrede der Beschleichung gegen ein unbedingtes Mandat, in der Form einer Berufung an den Oberrichter vorbringen?

Von demselben Verfasser.

Der unbedingte Mandatsproceß hat bekanntlich das Eigene, daß alle gegen die Statthaftigkeit des abgegebenen Mandats gerichtete Einwendungen, insofern sie nur das Wesen der gewählten Proceßart betreffen, in die Form der Einrede der Beschleichung (exceptio sub- et obreptionis) ein-

gekleidet werden müssen, und daß man sich dieser Einrede stets bis zur Execution bedienen kann [1].

Gewöhnlich wird diese Einrede, wie es sich gebührt, bei dem Richter vorgeschützt, welcher das unbedingte Mandat abgelassen hat; dagegen erfährt man im Geschäftsleben es auch häufig genug, daß statt derselben gegen das Mandat selbst, die Appellation oder Nichtigkeitsquerel an den Oberrichter zur Hand genommen, und in der höhern Instanz der gewählte Mandatsproceß als unstatthaft auszuführen versucht wird.

Dieses läßt sich indessen wohl auf keine Weise rechtfertigen.

Zwar findet sich keine bestimmte Vorschrift in den Gesetzen, welche es verböte, die Einrede des unstatthaft gewählten Mandatsprocesses, oder, was hier einerlei ist, die Einrede der Beschleichung, in das Gewand einer Appellation oder Nichtigkeitsquerel an den Oberrichter, einzukleiden, und mit Vorbeigehung der ersten Instanz sofort an die zweite Instanz zu bringen; indessen muß ein solches Verfahren stets als unzuläßig sich darstellen, wenn man die Eigenthümlichkeit des unbedingten Mandatsprocesses in das Auge faßt.

Der unbedingte Mandatsproceß wird auf bloß einseitige Vorstellungen gegründet, und das abgegebene Mandat nur auf solche erlassen [2]. So lange aber auf einseitige Vorstellungen etwas verfügt wird, hat der Richter nicht die Absicht etwas zu entscheiden, weil hierzu das vollständige richterliche Gehör der Partheien nöthig seyn würde. Jede Entscheidung im unbedingten Mandatsprocesse ist daher nur provisorisch, und setzt immer voraus, daß es dem Verurtheilten stets frei steht, seine Rechtsvertheidigung bis zur geschehenen Vollstreckung des Mandats, einzubringen. Ist nun aber ein solchergestalt abgegebenes Mandat, bis dahin

1) Jüngst. Reichsabschied §. 76.

2) v. Gönner Handbuch des Processes. B. 1. Nro. 7. §. 9.

stets als eine auf einseitige Vorstellungen erlassene Verfügung zu betrachten, und also insofern, und selbst, nach gesetzlichen Bestimmungen [3]) unfähig, in Rechtskraft zu treten, so folgt schon hieraus, daß eine Appellation gegen dasselbe an den Oberrichter unzuläßig seyn muß [4]). Noch mehr aber geht diese Unzuläßigkeit aus der Art hervor, in welcher der Verklagte seine Rechtsvertheidigung gegen das Mandat allein vorzubringen befugt ist. Um nämlich richterliches Gehör zu erwirken, und zu veranlassen, daß statt der einseitigen und provisorischen Entschädigung, welche durch das abgelassene unbedingte Mandat bewirkt worden ist, eine wirkliche definitive und der Rechtskraft fähige Entscheidung abgegeben werde, ist der Verklagte gehalten, seine Rechtsvertheidigung in der Form der Einrede der Erschleichung zu verfolgen.

Soll dieser Zweck erreicht werden, so ist es wesentlich erforderlich, daß sie nur bei demjenigen Richter angebracht werden kann, der das unbedingte Mandat auf das einseitige Anrufen des Klägers abgegeben hat; so ist es ferner wesentlich erforderlich, daß die Rechtsvertheidigung gegen den Anspruch des Klägers auch in derselben Instanz geschehe, in welcher der klägerische Anspruch selbst vorgebracht worden ist, und es würde vollkommen unzuläßig seyn, ja die bezweckte definitive Entscheidung über denselben unmöglich machen, wenn man dem Verklagten es gestatten wollte, die in erster Instanz erhobene Klage, in der zweiten Instanz zu beantworten. In der That würde ein solches Verfahren dem Charakter des unbedingten Mandatsprocesses ganz zuwider laufen, und sogar das Recht der Instanz verletzen.

Als unbestreitbaren Grundsatz läßt es sich daher wohl

---

3) c. 5. C. VII. 57. *comminat.* *Mevius* Decis. VIII. Nro. 227. Gönner a. a. O. §. 9. u. 20. Mittermaier der gemeine Deutsche Prozeß IV. Beitrag S. 138.

4) Gönner a. a. O. B. III. Nro. 56. §. 4. 5. Nro. 57. §. 2 – 5. Nro. 61. §. 26 fgg. Nro. 68. Martin Proceß. §. 266.

annehmen, daß der im unbedingten Mandatsprocesse Verklagte nicht befugt ist, die gegen das unbedingte Mandat in erster Instanz vorzuschützende Einrede der Beschleichung, in das Gewand einer Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde sofort an den Oberrichter zu bringen, und daß daher Appellationen und Nichtigkeitsbeschwerden dieser Art, sofort von dem Oberrichter zurückgewiesen werden müssen.

Dagegen scheint es gleichgültig, ob die Einrede der Beschleichung förmlich als Einrede, oder als Nichtigkeitsbeschwerde bei demselben Richter eingeführt wird, welcher das unbedingte Mandat erlassen hat, wenn nur die erste Instanz beibehalten wird, da auf die bloße Form, in welcher in diesem Falle, die Rechtsvertheidigung dem zuständigen Richter vor Augen gebracht wird, kein besonderes Gewicht gelegt werden darf.



XXI.

Noch ein Wort zur Vertheidigung des fingirten Zugeständnisses als Folge der contumacia in non respondendo, insonderheit bei der ersten Antwort auf die Klage.

Von Herrn Dr. Puchta, Landrichter zu Erlangen.

Der Entwurf der Civilproceßordnung für Bayern (1825) hat in Ansehung des Contumacial-Systems nach dem Vorgange der sächsischen, preußischen, österreichischen, würtembergischen und badenschen Proceßgesetzgebungen eine Abänderung der gemeinrechtlichen und bayerischen Bestimmungen in